

DIEGO TOLEDO CAVALIER

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS

BRASÍLIA

2011

DIEGO TOLEDO CAVALIER

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB, para obtenção do grau de
bacharelado

Orientador: Dr. Héctor Valverde Santana

BRASÍLIA

2011

RESUMO

O cerne do presente trabalho é o estudo da responsabilidade civil do Estado nas condutas omissivas sob o enfoque do artigo 37, §6º da Constituição Federal, apresentando a enorme divergência doutrinária e jurisprudencial existente quanto à omissão estatal. Será apresentada uma breve evolução histórica, com a explicitação das principais teorias e seus fundamentos, bem como suas influências no direito brasileiro. A seguir será estudado o dispositivo constitucional, com uma análise minuciosa dos institutos nele presentes. Por fim, serão apresentadas as duas principais correntes doutrinárias que se propõem a dar uma solução ao problema, a teoria da responsabilidade subjetiva e a da responsabilidade objetiva, bem como um estudo profundo de seus respectivos argumentos e jurisprudência existentes.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Estado. Omissão. Responsabilidade Subjetiva. Responsabilidade Objetiva. Culpa presumida. Omissão Genérica. Omissão Específica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	9
1.1. Teoria da irresponsabilidade	11
1.2. Teorias civilistas	12
1.3. Teorias publicistas	13
1.4. Fundamentos da responsabilidade civil do Estado	16
2. PREVISÃO NORMATIVA DO ART. 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	19
2.1. Responsabilidade subjetiva do Estado	19
2.2. Responsabilidade objetiva do Estado	21
2.3. Qualidade de agente na prática do ato lesivo	22
2.4. Dano Indenizável	25
2.5. Nexó de causalidade no Supremo Tribunal Federal	27
2.6. Conduta omissiva do Estado	28
2.7. Excludentes da responsabilidade civil do Estado	31
2.7.1. Caso fortuito e Força maior	32
2.7.2. Fato exclusivo da vítima	34
2.7.3. Fato de terceiro	35
2.7.4. Estado de Necessidade	35
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS	37
3.1. Responsabilidade civil subjetiva do Estado nas condutas omissivas	38
3.1.1. Culpa presumida	41
3.2. Responsabilidade civil objetiva do Estado nas condutas omissivas	43
3.3. Omissão genérica e Omissão específica	47

CONCLUSÃO_____50

REFERÊNCIAS_____52

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado ganhou relevância no mundo jurídico na mesma proporção em que as atividades estatais foram se desenvolvendo, tanto em quantidade quanto em complexidade. Por conta desse desenvolvimento, os riscos apresentados por essas atividades estatais ficaram maiores, tendo sido necessário deslocar tal matéria para o Direito Público, já que a posição ocupada pela Administração Pública em face dos administrados se reveste de diversas peculiaridades, assumindo características próprias e aspectos diferenciados.

Assim, a evolução da normatização dessa matéria, desde a total irresponsabilidade estatal até o atual entendimento baseado na responsabilidade objetiva sob o fundamento da teoria do risco administrativo, permitiu uma maior abrangência e um aperfeiçoamento do sistema de proteção ao administrado, o qual passou a possuir melhores e maiores chances de ser devidamente indenizado, já que mais hipóteses em que ocorra um evento danoso injusto por parte da Administração serão passíveis de indenização ao cidadão. Passa-se a ser desnecessária a perquirição do elemento subjetivo, a culpa, ao se tratar de responsabilidade civil do Estado.

Contudo, no tocante à configuração da responsabilidade civil do Estado por atos comissivos, não há grandes divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, aplicando-se a norma expressa da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º, ou seja, deve ser provado, apenas, o evento danoso e o nexo de causalidade, sem a necessidade da prova do comportamento culposo do agente público.

Com relação à responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de uma omissão estatal, a divergência ganha uma maior magnitude, não havendo consenso entre os operadores do Direito, a doutrina ou a jurisprudência. A ausência de uma positivação clara e precisa sobre o tema e a ausência de uma firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são causas desse dissenso jurídico. Isso traz prejuízos enormes aos jurisdicionados quanto à matéria da responsabilidade civil estatal por omissão, como uma prestação jurisdicional falha, além de decisões díspares em ações materialmente idênticas .

Tendo como dispositivo central o artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, parte da doutrina ensina que apenas os atos comissivos do Estado estariam inclusos na disciplina do citado dispositivo. Nas hipóteses de atos omissivos, a responsabilidade há de ser

subjettiva. Essa corrente é composta, com algumas variações que serão estudadas, por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lucia Valle Figueireido, entre outros. Por outro lado, estão os defensores da aplicação da responsabilidade objetiva para os casos de ação ou omissão estatal. Defendem essa tese Gustavo Tepedino, Maria Emília Mendes de Alcântara, dentre outros. Por fim, importante ressaltar o magistério de Marçal Justen Filho, que apresenta pensamento diferenciado, baseado na unificação do tratamento da matéria sob o enfoque da responsabilidade subjettiva com culpa presumida.

O presente trabalho mostrará, no primeiro capítulo, a evolução da sistemática da responsabilidade civil do Estado, partindo desde a inexistência de qualquer responsabilidade, até a consolidação da responsabilização estatal, de forma expressa, na Constituição Federal. Serão estudadas as principais teorias, seus fundamentos, bem como os impactos obtidos no Direito Brasileiro, até se chegar às características atuais. Mostrar-se-á, atualmente, a posituação clara da responsabilidade objetiva do Estado com base na teoria do risco administrativo e toda a etapa de sua construção.

Já em seu segundo capítulo, objetiva-se explicitar detalhadamente as definições conceituais, os institutos, as excludentes e demais pontos importantes acerca da matéria de responsabilidade civil, construindo um panorama geral da matéria, além de analisar detalhadamente a Constituição Federal em seu artigo 37, §6º, pormenorizando os conceitos, dispositivos, características e peculiaridades nele presentes. Procura-se analisar detalhadamente cada um dos termos presentes no texto da norma, extraindo deles seus significados de acordo com uma variedade de doutrinadores.

No terceiro e último capítulo será enfrentado o grande problema existente na doutrina e na jurisprudência atuais e cerne do presente estudo, a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de danos causados por condutas omissivas cometidas pela Administração Pública, ressaltando as diferentes interpretações que existem no campo doutrinário. Serão destacadas as principais correntes de pensamento, tanto a corrente doutrinária que entende pela aplicação da responsabilidade subjettiva, com seus principais argumentos e acórdãos do Supremo Tribunal Federal que a sustentam, quanto a corrente de pensamento que preconiza a aplicação da responsabilidade objetiva, apresentando seus principais argumentos e decisões que servem como base para tal entendimento. Adota-se, no presente trabalho, uma visão sistemática do Direito, ou seja, parte-se da visão de que as normas legais formam um complexo sistema jurídico brasileiro, e a sua aplicação, tanto por operadores do direito quanto por juristas, deve se guiar por essa visão.

Por fim, será apontada a posição mais favorável ao administrado, tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e amplo acesso ao Judiciário, em contraponto com a impossibilidade de o Estado se tornar um segurador universal, prestando contas sobre todo e qualquer infortúnio injusto que acometa o cidadão. Buscar-se-á a posição mais justa, tendo em vista a posição peculiar da Administração Pública com relação ao administrado.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado nasceu concomitantemente ao Estado Democrático de Direito, na medida em que os cidadãos, ao se submeterem à égide do Estado, viram a necessidade de um instrumento que permitisse ao cidadão lesado, moralmente, patrimonialmente, ou ambos, a busca de uma reparação, para que retornasse ao *status quo ante*.

Ao se estudar a Responsabilidade Civil do Estado, cumpre definir seu conceito, o que se entende desse instituto. O termo responsabilidade deriva do latim, *respondere*, e designa o vínculo de quem responde por algo, no sentido de quem garante esse algo.¹ O citado verbo teve raízes na palavra *spondeo* também de origem latina, o qual correspondia à antiga obrigação contratual do direito quiritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta².

Uma importante observação de João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão nos mostra que a origem da palavra *responsabilidade* é falha no seu conceito atual, já que seu significado original seria a posição daquele que não executou o seu dever, ou, ainda, a idéia de fazer com que se atribua a outrem, em razão da prática de determinada conduta, um dever. Juridicamente relevante seria a responsabilidade imposta àquele que, com sua conduta comissiva ou omissiva, violou bem juridicamente protegido, gerando para ele uma sanção.³

Yussef Said Cahali conceitua a Responsabilidade Civil do Estado como a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades. Tradicionalmente, tal responsabilidade compreende a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos, não abrangendo, desse modo, a indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público, como sucede nos casos de desapropriação, de requisição, de execução compulsória de medidas sanitárias, embora seja certo que, atualmente, aquela responsabilidade desfruta de maior amplitude, para compreender também os danos injustos causados por uma atividade lícita da Administração.⁴

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33, vol. 7.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 272.

³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Jus Navigandi. Teresina, ano 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>> Acesso em: 3 de abr. 2011.

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 13.

No tocante à terminologia empregada, cabe destacar que alguns autores, a exemplo de Hely Lopes Meirelles, prefere, em lugar de “Estado”, usar a expressão Administração Pública porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Afirma, ainda, o aludido autor que os atos políticos, *a priori*, não geram responsabilidade civil e, por isso, defende a idéia de que é mais pertinente falar-se em “Responsabilidade Civil da Administração Pública” do que “Responsabilidade Civil do Estado”, pois é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que origina a obrigação de indenizar.⁵

De outro lado, existem aqueles que defendem o uso do termo “Responsabilidade Civil do Estado”, como é o caso de Diógenes Gasparini, o qual sustenta que o dano pode advir de atos legislativos ou judiciais e não só de atos e fatos administrativos.⁶

A matéria da Responsabilidade Civil do Estado sofreu profundas mudanças ao longo dos anos e de acordo com os momentos históricos pelos quais passou a humanidade, de acordo com suas teorias, desde a total irresponsabilidade do Estado até a sua responsabilização objetiva, sem qualquer análise do elemento subjetivo, a culpa.

Assim, ao analisar a linha do tempo, depara-se com três fases da Responsabilidade Civil do Estado. Na primeira fase, a questão inexistia, a responsabilidade pecuniária da Administração era considerada um perigoso entrave para o pleno exercício de seus serviços. Ao administrado cabia uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário. Numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, usa-se as teorias do Código Civilista, no tocante aos atos de prepostos e mandatários. Na terceira e última fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público. Surge, então, uma concepção original, desapegada do Direito Civil, formando-se nas bases jurídicas do *faute* e do risco administrativo⁷, compreendida como a fase da responsabilidade objetiva, com normas do Direito Público.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 643.

⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 966.

⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 20.

1.1. Teoria da Irresponsabilidade

A teoria da Irresponsabilidade é resquício dos Estados Absolutistas, com a idéia de soberania do rei que predominou até o século XIX ⁸. Para essa teoria, o déspota simplesmente não poderia errar, porque o reinado vem de Deus, então na faria sentido uma responsabilização estatal, pois o Estado era irresponsável quanto aos atos danosos que praticava. Para José Cretella Júnior, na teoria da irresponsabilidade, os déspotas estavam acima das leis. ⁹

A teoria da responsabilidade se ancorava sobre três postulados. O primeiro era a soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação, ou seja, a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação. No segundo postulado, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito. Por último, portanto, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados em nome próprio. ¹⁰

Apesar desse cenário de total submissão, havia exceções, aquelas que as leis locais, de forma específica, regulavam a responsabilização do Estado. A título de exemplo, temos os casos de danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, assim como dos danos causados pelas coletividades públicas locais. ¹¹

O Direito segue a vontade do povo e o representa em determinado momento histórico. Assim, diante de clara injustiça, a partir da forte influência do liberalismo, que igualou Estado e cidadão, tem-se a responsabilização do Estado no tocante a atos danosos culposos de seus agentes. ¹²

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 525.

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 344.

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 20/21.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 807.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 625.

1.2. Teorias Civilistas

Nesta segunda fase, temos a primeira idéia de responsabilização do Estado, com base nas regras e princípios do Direito Civil, momento em que se tem pela primeira vez a noção de culpa, ou seja, a possibilidade de se responsabilizar alguém pelo cometimento de algum fato danoso. Para deduzir uma responsabilidade pecuniária do Poder Público, fazia-se remissão aos princípios da responsabilidade com base nos atos do preponente, do representante e do mandante.

A Teoria Civilista se divide em duas teorias menores: a Teoria dos Atos de Império e a Teoria dos Atos de Gestão, também conhecida como Teoria da Culpa Civil ou da Responsabilidade Subjetiva. A primeira teoria diz respeito aos atos praticados em nome da soberania estatal e tendo em vista a superioridade da Administração em face do administrado. Desse modo, o Estado não poderia ser responsabilizado por eventuais atos danosos, uma vez que a Imperiosidade da Administração se aplicava de forma suprema. Para a segunda teoria, contudo, era possível a responsabilização estatal, uma vez que a Administração agia como se particular fosse, em atividades estranhas às suas atribuições, em posição de igualdade face ao administrado. Nesse caso, aplicavam-se as regras do Direito Privado.

Nesta última, era imprescindível que o administrado lesado comprovasse a culpa do agente, já que este era considerado preposto do Estado, assim como nas relações privadas, comparando-se o Estado ao empregador e o agente mero preposto. Além da culpa, devia o lesado comprovar a relação de causa e efeito entre a ação e o evento danoso, além da própria lesão.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que, numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes. Os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.¹³

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 619-620.

1.3. Teorias Publicistas

Com a evolução do pensamento acerca da responsabilização estatal no tocante a fatos danosos aos seus administrados, adentra-se na terceira fase, com a predominância do Direito Público na resolução destes casos, com o intuito de desvincular-se do Direito Civil. Essa revolução se deu por meio da decisão proferida em 01 de fevereiro de 1873 no renomado Caso *Blanco* quando se deu o início da construção da Responsabilidade Civil do Estado tal como conhecemos atualmente.

De acordo com José Cretella Júnior, o caso Blanco é o seguinte: a manufatura nacional do tabaco de *Bourdéus* ocupava dois edifícios separados por uma rua e dois vagonetes transportavam matéria-prima de um prédio a outro. Uma menina foi, assim, atropelada e ferida por um dos vagonetes e, de tal maneira, que teve a perna esfaqueada. Os pais da criança moveram ação de indenização contra o Estado, pleiteando a causa perante tribunais civis. Suscitou-se o conflito de competência e o tribunal competente para decidir – o Tribunal de Conflitos, restabelecido um ano antes, em 1872 – teve de resolver se cabia à jurisdição administrativa ou aos tribunais judiciários a resolução da controvérsia. De maneira revolucionária, abandonando as Teorias dos Atos de Império e de Gestão, o Tribunal de Conflitos declarou que a competência é administrativa, porque se trata de apreciar a responsabilidade nascida do funcionamento dum serviço público. Em suma, afirma-se a autonomia do direito administrativo, aceitando-se o entendimento de que o funcionamento dos serviços públicos é regido de plano por um regime jurídico diverso do que prevalece no direito privado. O caso Blanco é fundamental. É a pedra angular de todo o direito administrativo.¹⁴

A partir desse determinado acontecimento histórico, consolida-se a idéia da responsabilização estatal sendo regida por normas e princípios próprios, do Direito Público, sendo um grande avanço para os administrados que vislumbravam uma possibilidade de reparação pelo dano causado, de forma positivada.

É do próprio Direito Francês que surgem as teorias menores que compõem a concepção publicística da responsabilidade do Estado: a Teoria do *faute du service*, a Teoria do Risco Integral, e, por fim, a Teoria do Risco Administrativo.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo: teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 202/203, v. 1.

Também chamada de Teoria da Culpa Administrativa ou Teoria da Culpa Anônima, a Teoria do *faute du service*, separa a pessoa do agente estatal da própria Administração Pública. No caso de atuação com culpa por parte do agente estatal, seria, ele próprio responsável. Na impossibilidade dessa comprovação ou na impossibilidade de atribuição do dano a determinado agente do Estado, este arcaria o ônus de reparar, a título de culpa anônima do serviço público. Assim, essa teoria da culpa anônima do serviço público ou falta do serviço incidiria apenas no caso de comprovação de culpa do serviço, em uma de suas modalidades: o serviço não funcionou, foi prestado de forma atrasada ou não foi prestado corretamente. Em qualquer dessas hipóteses, independentemente da apreciação de culpa do agente estatal, o Estado seria responsável.¹⁵

De forma paradoxalmente oposta, criou-se a Teoria do Risco Integral. Segundo esta teoria, o Estado seria responsável por todos os danos causados aos seus administrados, inclusive aqueles danos ocorridos na presença de uma excludente de responsabilidade do Estado. Esta vertente mostrou-se extremada e sua aplicação se tornaria um óbice perigoso para a perfeita execução de suas atribuições. Nosso ordenamento não se filiou a essa teoria, mas temos exemplo da sua aplicação nos casos de acidentes nucleares (Lei n.º 6.453/77) e nos casos de terrorismo com uso de aeronaves (Lei n.º 10.744/03).

Por fim, na Teoria do Risco Administrativo, como o Estado exerce inúmeras atividades que implicam riscos, deve assumir os danos eventuais deles advindos. A idéia é de que como os serviços oferecidos pela Administração são usufruídos por todos, os danos deles decorrentes, de igual forma, devem ser suportados por todos, cabendo aos cofres públicos o pagamento das indenizações devidas.

Como nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.

Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 527.

o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.¹⁶

Essa é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil.

No entanto, vale lembrar que pelo fato da responsabilidade objetiva não exigir a comprovação do elemento subjetivo, dolo ou culpa, para a indenização, não se deve afirmar que o Estado estará obrigado a ressarcir qualquer dano efetuado ao particular. Se essa afirmação procedesse, ter-se-ia a aplicação da Teoria do Risco Integral, onde a Administração estaria obrigada a reparar todo e qualquer dano ao particular, inclusive aqueles cometidos sob a égide de uma excludente de responsabilidade do Estado. Tal teoria não se coaduna com os preceitos fundamentais da Constituição Federal acerca da responsabilidade extracontratual do Estado.

Por fim, como afirma Helena Elias Pinto, a adoção, na atualidade, da responsabilidade objetiva, contudo, não encerra a discussão sobre as hipóteses em que o comportamento omissivo estatal é apontado como a causa do dano. Nos casos de omissão, haverá sempre um outro fator que, acontecendo em paralelo à omissão estatal, será a causa direta do dano. Daí a necessidade de aprimorar a identificação dos critérios que justificam o dever, imputado ao Estado, de indenizar.¹⁷

1.4. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado

Fundamento da responsabilidade civil é a razão por que alguém deve ser obrigado a reparar o dano causado a outrem.¹⁸

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 621.

¹⁷ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

¹⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A equidade no Código Civil Brasileiro*. CJF, Brasília, n. 25, p. 16/23, abr./jun. 2004. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo03.pdf>> Acesso em: 21.05.2011.

Para Sérgio Cavalieri Filho, o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Isso se faz através de uma indenização fixada proporcionalmente ao valor do dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto. Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.¹⁹

É necessário fazer a distinção entre os fundamentos e as condições da responsabilidade civil. Para Delcros e Delcros, não é raro que a culpa ou o risco sejam qualificados como fundamentos da responsabilidade da administração. Esta concepção é criticável. A culpa ou o risco constituem somente a condição exigida segundo o caso para que a administração seja obrigada a indenizar, mas não o fundamento, isto é, a justificativa da responsabilidade. Com efeito, em direito administrativo, a culpa não pode ser jamais imputada à própria administração, que não é nada mais do que uma entidade ou pessoa jurídica, uma ficção jurídica, razão pela qual seria absurdo pensar que ela pudesse cometer essas faltas; a culpa é sempre o feito de um ou de vários funcionários, conhecidos ou anônimos; assim a responsabilidade sendo suportada por um outro patrimônio distinto daquele do autor da falta, não pode ser considerada como o fundamento, mas somente a condição da responsabilidade. Quanto à idéia de risco, ela implica somente em uma correlação, uma relação de causa e efeito e, por consequência, só pode ser uma condição, não um fundamento (tradução livre).²⁰

Para Diógenes Gasparini, o fundamento da responsabilidade civil estatal é bipartido, conforme se trate de consequência de atos lícitos ou ilícitos. Nos casos de ato lícito, o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados.

Destarte, se o serviço ou a obra é de interesse público, mas, mesmo assim, causa dano a alguém, toda a comunidade deve responder por ele, e isso se consegue através da indenização. Para tanto todos concorrem, inclusive o prejudicado, já que este, como os demais

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13.

²⁰ DELCROS, M. Xavier; DELCROS, M. Bertrand. *La responsabilité administrative*. Paris: La Documentation Française, 1972, p. 4.

administrados, também paga tributos. Em se tratando de ato ilícito, comissivos ou omissivos, o fundamento é a própria violação da legalidade.²¹

No caso de comportamento ilícitos, comissivos ou omissivos, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello não é discrepante, lecionando o autor que nestes casos, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entende-se que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.²²

O Ministro Joaquim Barbosa, em voto-vista proferido no Julgamento do Recurso Extraordinário 262651/SP, abordou didaticamente o tema, apontando dois fundamentos jurídicos da responsabilidade objetiva do Estado.

Primeiro, a Administração, para o completo fornecimento de atividades essenciais à sociedade, submete seus agentes e particulares a inúmeros riscos, que são da essência da atividade administrativa. O risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da Administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do agente causador do dano.

O segundo fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos. Aqui, o dever de indenizar a vítima advém não de um risco criado pela atividade estatal, mas de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo.

²¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 966/967.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 961.

Vale dizer, para cumprir a contento a sua missão de zelar pelo bem comum, a Administração necessita intervir em múltiplas esferas da vida econômica e social. Ao fazê-lo, cria situações que se traduzem em danos para algumas pessoas. O princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos vem em socorro dessas pessoas que sofrem os prejuízos decorrentes da ação estatal, fazendo com que os danos por elas sofridos sejam compartilhados por toda a coletividade.

Esta, em apertada síntese, é a essência da responsabilidade civil do Estado, recepcionada em toda a sua amplitude pela Constituição brasileira de 1988, que diz expressamente, no artigo 37, §6º, ser ela aplicável ao concessionário de serviço público.²³

²³ RE 262651, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16/11/2005, DJ 06-05-2005.

2. PREVISÃO NORMATIVA DO ART. 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1. Responsabilidade subjetiva do Estado

A responsabilidade subjetiva é aquela que, para sua configuração, exige-se, além do dano e do nexo de causalidade, a comprovação do elemento subjetivo do agente, a culpa ou dolo. O foco central neste caso é o desvalor da conduta do sujeito que causa o dano.

Para Helena Elias Pinto não apenas a culpa (em sentido amplo) é importante, mas sobretudo a antijuridicidade. É mais adequado afirmar que o sistema da responsabilidade subjetiva se baseia na antijuridicidade e não propriamente na culpa. Explica-se essa assertiva a partir da consideração de que pode existir até mesmo conduta dolosa que não se qualifica como ilícita – quando um bombeiro atua para salvar uma pessoa de ser alcançada por um incêndio e, para salvá-la precisa quebrar uma janela de vidro de um imóvel vizinho. Sem dúvida que está presente o dolo, pois houve a intenção consciente de danificar o bem, mas com o objetivo de salvar uma vida – trata-se da típica hipótese de estado de necessidade. Ora, quem causa um dano, agindo em estado de necessidade, está praticando uma conduta dolosa que, entretanto é considerada lícita. O dever de indenizar somente estará configurado se o ordenamento jurídico em questão acolher a responsabilidade objetiva para a hipótese – e é exatamente isso que ocorre no direito brasileiro. Conforme consta no Código Civil de 2002, quem age em estado de necessidade pratica ato lícito que, se causar dano, enseja o dever de indenizar.²⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello comenta que é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo a outrem.²⁵

²⁴ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 959.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro atual filiar-se à responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, ou seja, sempre que o dano ao particular for causado por agentes estatais, no exercício de sua função, sempre que houver direta relação de causa e efeito entre o dano e a atividade do Estado, deve a Administração efetuar o ressarcimento, sem a perquirição do elemento subjetivo, a culpa.

Todavia, não se deve afirmar que a responsabilidade subjetiva do Estado foi de todo banida do nosso sistema jurídico. Para Sérgio Cavalieri Filho, resta, ainda, espaço para a responsabilidade nas hipóteses de fatos de terceiros e fenômenos da Natureza, determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta do serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou de maneira atrasada.²⁶

No Direito Civilista, a regra é a responsabilidade subjetiva, ao contrário do Direito Público, que elege a responsabilidade objetiva como a regra nos casos de responsabilização estatal. Continua o autor que a responsabilidade subjetiva, sendo regra básica, subsiste independentemente de existir ou não norma legal a respeito. Todos respondem por subjetivamente pelos danos causados a outrem, por um imperativo ético-jurídico universal de justiça. Destarte, não havendo previsão de responsabilidade objetiva, ou não estando esta configurada, será sempre aplicável a cláusula geral da responsabilidade subjetiva se configurada a culpa, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

Em apertada síntese, a sanção, ou o dever de indenizar, surge, na responsabilidade subjetiva em razão da ocorrência de uma conduta considerada indesejável pelo ordenamento jurídico. Essa sanção se torna uma resposta da sociedade à prática do ato ilícito pelo agente causador do dano.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, na hipótese de ocorrência de um dano advindo de uma suposta omissão estatal, ou seja, se o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado, não deve o Estado responder, pois não pode responder por danos que não causou.²⁷

Como será estudado, a corrente doutrinária que, no caso da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas, entende ser aplicável a responsabilidade subjetiva

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 255/256.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: M.Fontes, 2009, p. 1002 e 1003.

ainda existe, mas está em pleno declínio e permanente contestação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2.2. Responsabilidade objetiva do Estado

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, adotou-se a responsabilidade objetiva do Estado como regra geral para danos causados pela Administração Pública, tanto na forma direta quanto indireta, aos particulares. Não se busca comprovar, neste caso, o elemento subjetivo, culpa, do agente causador do dano. Restará ao particular comprovar apenas o nexo de causalidade, entendido como a relação entre o dano efetivamente provocado e o ato lesivo da Administração. Para o Estado, cabe direito de regresso contra o agente estatal, mediante ação autônoma, seara em que se comprovará e demonstrará a existência do dolo ou culpa do mesmo.

Para Helena Elias Pinto, na responsabilidade objetiva, o que merece atenção especial é o desvalor do objeto da conduta, que é o resulta imediato (o objeto mediato é a finalidade do ato) produzido pelo comportamento do agente, ou seja, o dano injusto. Na responsabilidade objetiva, a sanção, ou o dever de indenizar, será aplicada em face da ocorrência de um resultado repudiado pelo ordenamento jurídico, uma reação a uma situação de fato antijurídica.²⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade objetiva se baseia na idéia de que é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera jurídica protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. O Estado, para se ver livre da obrigação de indenizar, deve comprovar que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior, e, por fim, o estado de necessidade, todas causas excludentes da responsabilidade civil. Na hipótese de comprovar culpa concorrente da vítima, o Estado responderá na medida da sua culpabilidade, ou seja, não estará presente uma excludente da responsabilidade, mas uma atenuante da mesma.²⁹ Esse entendimento se ancora no disposto no artigo 945 do Código Civilista de 2002.

²⁸ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: M.Fontes, 2009, p.

Sérgio Cavalieri Filho defende que a conduta ilícita é um componente da responsabilidade objetiva, afirmando que é necessária a presença da conduta ilícita, do dano e do nexo causal para sua configuração. Ressalta o autor que só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento.³⁰

2.3. Qualidade de agente na prática do ato lesivo

Preliminarmente, cabe distinguir o termo “fato imputável ao Estado”, usado por Helena Elias Pinto e a “qualidade de agente na prática do ato”, cunhado por Yussef Said Cahali. Em suma, são sinônimos, e transmitem a idéia de o Estado, como pessoa jurídica, apenas poder agir por intermédio de seus representantes, agentes ou prepostos, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988. Vale ressaltar que a expressão “agente, nessa qualidade”, aí empregada, refere-se não só aos agentes das pessoas jurídicas de direito público, como também aos agentes das pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviços públicos.

Para a autora, deve-se registrar que deverá ser aferida, em um primeiro momento, a mera existência de um vínculo de imputação abstrato entre o fato e o Estado. Quando se trata de responsabilidade por comportamento comissivo, essa imputação decorre de ser o agente público um preposto do Estado. Quando se trata de dano causado por omissão, a imputação é normativa, decorre do que dispõe o ordenamento jurídico, em uma visão sistemática. Nas hipóteses de ato comissivo, é preciso que se trate de conduta praticada por agente público que atue nessa qualidade. Tratando-se de caso de omissão, importa verificar se, em tese, o Estado pode ser considerado garantidor da proteção do bem jurídico que sofreu o dano.³¹

995 e 996.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 153.

³¹ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 117/118.

Para Yussef Said Cahali, a palavra “*agente*”, pelo elastério que propicia, compreende aquelas pessoas que, de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, se encontram exercendo qualquer atividade inerente ao serviço público, e já reconhecidas, pelo direito anterior, como hábeis à produção de danos, pelos quais deve responder o Estado.³² Assim, é pressuposto da responsabilidade civil que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias: agentes públicos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam serviços.³³

Hely Lopes Meirelles comenta que o referido artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, com propriedade, entende que a Constituição Federal atual usou acertadamente o vocábulo *agente*, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa. O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.³⁴

Dessa forma, o que interessa para se caracterizar a responsabilidade da Administração é o fato do agente prevalecer na condição de agente público para o cometimento do dano. O importante é a qualidade de agente público ostentada na atuação do agente, a circunstância de sua condição de agente público ser determinante para a prática do ato. Torna-se irrelevante se o agente atuou dentro, fora, ou além de sua competência legal, uma vez que, tendo o ato sido praticado na “qualidade” de agente público já é suficiente para

³² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 82

³³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 82

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 649/650.

a caracterização da responsabilidade, ficando ressalvado que não se cogitará de responsabilidade da Administração nos casos em que a atuação do causador do dano for independente de sua condição de agente público.³⁵

Emblematicamente, vale destacar o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n.º 363.423/SP, da Relatoria do Exmo. Ministro Carlos Britto, que o Tribunal considerou inexistente a obrigação do Estado em indenizar vítima do disparo de arma de fogo, pertencente à corporação, usada por policial durante sua folga, “uma vez que o dano fora praticado por policial que se encontrava fora de suas funções públicas”. O STF entendeu que o evento danoso decorreria de interesse privado, onde o policial atuara movido por sentimento pessoal concernente ao relacionamento amoroso que mantinha com a vítima. Assim, decidiu que o art. 37, §6º, da CF, exige, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, que a ação causadora de dano a terceiro tenha sido praticada por agente público, nessa qualidade, não podendo o Estado ser responsabilizado senão quando o agente estatal estiver a exercer seu ofício ou função, ou a proceder como se estivesse a exercê-la.

Em resumo, sempre que a condição do agente público tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responderá o Estado pela obrigação de indenizar. No melhor entendimento do dispositivo constitucional que trata da responsabilidade estatal, deve-se entender como agente, todo e qualquer agente que atue em nome da Administração Pública, da maneira mais ampla possível, incluindo, aí, os particulares atuando em colaboração com a Administração.

2.4. Dano indenizável

O estudo da responsabilidade civil gira em torno do dano, considerada como a lesão indenizável, ou seja, não há a obrigação de reparar se não houve o dano, portanto, não há que se falar em responsabilidade civil se não ocorrer o evento danoso.

Conceitua-se então o dano, nas palavras de Helena Elias Pinto, como sendo a ablação ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza – patrimonial

³⁵ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 419/420

ou integrante da própria personalidade da vítima, como a honra, a imagem, a liberdade, etc. Em resumo, é a lesão indenizável de um bem jurídico, seja patrimonial, seja moral.³⁶

No campo da responsabilidade civil do Estado não poderia ser diferente. Em caso algum pode se omitir na ocorrência do dano. A simples contrariedade à lei ou irregularidade de um ato que não cause danos a terceiros não seria suficiente para ensejar a responsabilização estatal.

No plano da responsabilidade objetiva do Estado, segundo Yussef Said Cahali, o dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposos do agente público como, também, de ato que, embora não culposos ou revelador da falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como injusto para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo. Não basta a preterição de simples interesse econômico. É bem verdade que o Estado tem o dever de indenizar o dano decorrente tanto de ação lícita quanto ilícita. No entanto, somente por dano jurídico será impositivo esse dever, não por mero dano econômico. O exemplo utilizado pelo autor é a construção de uma ponte, que acarretando prejuízo ao serviço de travessia até então efetuado por embarcações, provoca dano econômico para aqueles que auferiam vantagem com esse serviço. Inexistindo, contudo, direito à prestação desse serviço por parte de empregados da empresa que o prestava, dano jurídico não se configura, o que afasta a responsabilidade civil do Estado.³⁷

Para Diógenes Gasparini, o dano reparável deve ser *certo* (possível, real, efetivo, aferível, presente – exclui-se, pois, o dano eventual), *especial* (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configuraria ônus à vida comum em sociedade), *anormal* (excedentes aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), *referente a uma situação juridicamente protegida pelo Direito* (incidente sobre uma atividade lícita) e de *valor economicamente apreciável* (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório).³⁸

Nas palavras de Yussef Said Cahali, como na atividade administrativa são freqüentes os casos em que o interesse público exige o sacrifício de interesses privados, para que o dano dê lugar ao nascimento da pretensão indenizatória, é necessário que o prejuízo seja especial ou singular, e não universal, ou seja, o dano deve atingir pessoas certas e

³⁶ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.118.

³⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 68.

³⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 974..

determinadas para a responsabilização estatal, e não toda a coletividade. Aqui, o dano deve ser anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade. Pois só assim qualifica-se como dano injusto, na medida em que rompe o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Se não fosse assim, não haveria um ato ilícito a ser reparado, a atividade do Estado é juridicamente perfeita, representando forma regular de restrição administrativa ao direito do particular, a causa determinante não se equipara àquela que legitima a reparação do dano resultante do emprego anômalo, deficiente ou abusivo dos poderes da Administração.³⁹

Helena Elias Pinto aprofunda o estudo do termo dano injusto usado acima. Ensina que o dano injusto corresponde à junção da noção de dano com a antijuridicidade objetiva, sob a ótica da equidade e da função social da responsabilidade civil. Trata-se do dano que não deve ser suportado pelo lesado ou, em outras palavras, é o dano a uma situação juridicamente protegida.⁴⁰

Conclui-se, portanto, que o dano indenizável deve apresentar algumas características para ser o cerne da responsabilidade civil do Estado, sob pena de ser considerado mero dissabor do particular na vida em coletividade, ou uma simples e legítima restrição do direito do particular em face da Administração Pública. Apresentando essas características, o dano, que sempre deve ocorrer para se falar em responsabilização, poderá e deverá ser reparado.

2.5. Nexo de causalidade no Supremo Tribunal Federal

Entende-se o nexo causal como a relação de causa e efeito entre o fato administrativo e o evento danoso sofrido pela vítima.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre de leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.⁴¹

³⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 69.

⁴⁰ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.120.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

Para o autor, o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Em suma, é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.⁴²

No entanto, em caráter complementar, para Maria Helena Pinto, o nexo de causalidade deve ser compreendido, assim, como um vínculo de caráter normativo entre dois fatos: o antecedente (fato imputável ao Estado) e o consequente (o dano). O nexo causal é, assim, o elo que vincula um fato imputável ao Estado ao seu resultado, o dano. Há que se analisar, portanto, a relação de causa e efeito entre esses dois fatores (fato e dano).⁴³

Nem sempre é fácil, no entanto, estabelecer esse *link* entre o fato e o dano, pois pode advir de diversas causas, as chamadas “concausas”, concomitantes ou sucessivas. Em matéria de danos causados por omissão, o papel do nexo de causalidade é ainda mais importante diante das insuficiências da avaliação meramente naturalística do evento determinante.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário n.º 130.764/PR⁴⁴, da Relatoria do Ministro Moreira Alves, manifestou-se, quanto ao nexo de causalidade, no sentido da adoção da teoria do dano direto e imediato. No julgado, as razões da decisão apontam que a responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal, não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. No sistema jurídico brasileiro atual, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva.

De acordo com esta teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, para a existência de nexo de causalidade é preciso que o dano resulte diretamente da ação ou omissão do Estado.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

⁴³ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.122.

⁴⁴ STF, RE n. 130764, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/1992.

2.6. Conduta omissiva do Estado

A ação e a omissão são espécies do gênero conduta. Ambos são comportamentos humanos, mas enquanto a ação é o efetivo agir, atividade do causador do dano, a omissão é a inércia, a inatividade do causador do dano. A ação e a omissão têm sentidos opostos, assim como a luz e ausência de luz.

Como ensina Helena Elias Pinto, diferentemente do que ocorre no direito penal, a conduta administrativa não tem necessariamente, como integrantes essenciais, o aspecto interior ou psíquico (moral) e outro exterior ou físico (material). Isto porque o aspecto interior ou psíquico não precisa ser obrigatoriamente investigado ou descoberto na responsabilidade civil do Estado, porque não se exige a presença de dolo ou culpa para a configuração do dever de indenizar. Também porque se considera, do ponto de vista do lesado, a impessoalidade do agente público: não importa quem foi o autor da conduta, mas se houve comportamento de um agente público e um dano dele decorrente. É fundamental, assim, no Direito Administrativo, o aspecto exterior da conduta, ficando em segundo plano o aspecto psíquico.⁴⁵

É importante ressaltar, no entanto, que tal aspecto psíquico será relevante quando se tratar de responsabilidade subjetiva do agente público em face do direito de regresso por parte do Estado, tema não estudado no presente trabalho.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a omissão, como conduta negativa (o agente não agiu) não poderia gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pela vítima, porquanto do nada nada provém. Mas a conduta omissiva ganha relevância jurídica, e torna o omitente responsável quando este detinha o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado. Este dever pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.⁴⁶

Em casos tais, por não agir da maneira como deveria, de acordo com seu dever jurídico de ação, o omitente permite que a causa opere, causando o dano. O agente omissor coopera na realização do evento de maneira negativa, deixando de agir ou se abstendo de impedir que o resultado se concretize.

⁴⁵ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24.

Sérgio Cavalieri Filho conclui que o Estado só poderá ser responsabilizado por omissão se tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obligue a impedir a ocorrência do resultado ou agir de determinada maneira, sob pena de causar o dano. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça.⁴⁷

Para Yussef Said Cahali, a questão se desloca para o âmbito da exigibilidade da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável. Mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em sede de exigibilidade da obra não executada ou do serviço não prestado. Não é necessário transmutar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a Administração se desvincule do dever de indenizar, basta que demonstre que não tinha o dever de agir e que, portanto, a sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso.

O autor continua e alega que na amplitude conceitual de conduta estatal exigível, embora se pretenda comportar as causas da obrigação à lei, ao contrato ou ao ato ilícito, mais adequadamente se permite identificar na causa da obrigação indenizatória o descumprimento de um dever jurídico estatal. A própria inexigibilidade da conduta administrativa preterida desqualifica a noção de dever jurídico.⁴⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, analisando o texto constitucional, a responsabilidade objetiva do Estado se impõe apenas no caso de os danos terem sido causados por agentes públicos. Se não forem eles os causadores, se foram omissos e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra, não decorre do comportamento dos agentes, mas terá apenas sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Não há que se cogitar, então, em responsabilidade objetiva estatal. Logo, se é bastante a mera relação objetiva entre a atuação do agente e a lesão para responsabilizar-se o Estado, cumpre, todavia, que esteja em pauta um comportamento comissivo, vez que sem ele jamais haverá causa. Quando o Estado se omite e graças a isso ocorre um dano, este é causado por um outro evento, e não pelo Estado. Logo, a responsabilidade não pode ser objetiva, cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Ora, não se haveria de supor, em tese, que alguém responda pelo que não fez, salvo se estivesse normativamente obrigado a fazer.

O autor continua e ensina que o Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou, quando descumpre o dever legal de agir, quando se comporta

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 221.

ilicitamente ao abster-se. Assim, o ato comissivo seria causa, enquanto o omissivo não o seria, podendo, quando muito, ser condição do dano.⁴⁹

Álvaro Lazzarini contesta a posição defendida acima e funda-se em que as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito. Assim, causa, nas obrigações jurídicas, é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação. Daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou, em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado.⁵⁰

Em suma, deverá ser aferida a existência de um vínculo de dever de ação entre o evento danoso e o Estado. Ao se falar em responsabilidade subjetiva, esse vínculo decorre de ser o agente público um *longa manus* do Estado, um preposto atuando em nome daquele. Quando se trata de dano causado por uma conduta omissiva, a imputação é normativa, decorre da lei, o dever de agir está positivado no ordenamento jurídico, em uma visão sistemática.

Para Helena Elias Pinto, na omissão, deve-se observar se, em tese, o Estado é normativamente considerado o garantidor da proteção do bem jurídico que sofreu o dano. Trata-se de um elemento normativo, de modo que será encontrado a partir da análise do ordenamento jurídico como um todo, considerando-se não apenas as regras que ditam a obrigatoriedade de determinados comportamentos, mas também toda a principiologia aplicável à Administração Pública.⁵¹

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: M.Fontes, 2009, p. 1011/1012.

⁵⁰ LAZZARINI, Álvaro. *Responsabilidade Civil do Estado por atos omissivos dos seus agentes*. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, n. 117, p. 16.

⁵¹ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 117.

2.7. Excludentes da responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado, com base na teoria objetiva do risco administrativo adotada pela nossa ordem constitucional no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, será elidida quando presentes determinadas situações aptas ou hábeis a excluir o nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano suportado pela vítima.

Mas não se deve imaginar que o Estado será responsável em todas as ocasiões em que ocorrer um dano a um particular. É nesse ponto que o estudo das excludentes da responsabilidade civil do Estado se faz necessário, já que atuam de forma a, mesmo ocorrendo o dano e ele decorrer de uma ação ou omissão estatal, romper o nexo de causalidade, não se falando, assim, em responsabilização do Estado.

Há, na doutrina, divergência acerca das causas excludentes de responsabilização. Yussef Said Cahali, Jean Rivero e José Cretella Júnior admitem a culpa da vítima (exclusiva ou concorrente), o estado de necessidade, o caso fortuito e a força maior ⁵². Di Pietro e Odete Medauar admitem apenas a força maior e a culpa da vítima ⁵³. Além dessas, tem-se o fato de terceiro.

Para Sérgio Cavalieri Filho, as causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao agente. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado, ou nas palavras dos antigos, *ad impossibilitia nemo tenetur*. Essa impossibilidade ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro. ⁵⁴

Assim, em suma, podemos afirmar que as principais causas excludentes de responsabilização estatal são: a força maior, o caso fortuito, a culpa da vítima, a culpa de terceiro e o estado de necessidade.

⁵² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 44; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 138; RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almeida, 1981, p. 326.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 507; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 407.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

2.7.1. Caso fortuito e força maior

Com relação ao caso fortuito e à força maior, há doutrinadores que os entendem como sinônimos, enquanto alguns preferem atribuir-lhes conceituação individual. Lembram Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, que há quem atribua o conceito de força maior a eventos irresistíveis da natureza e o de caso fortuito a eventos inevitáveis resultantes de atuação do homem e, também, há autores que adotam orientação diametralmente oposta a esta.⁵⁵

No entanto, ainda segundo os autores, a posição mais razoável é encabeçada por Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os quais ensinam que ocorre situação de força maior quando estamos diante de um evento externo, estranho a qualquer atuação da Administração que, além disso, deve ser imprevisível e irresistível ou inevitável, tendo como exemplo um furacão, um terremoto, uma guerra ou até mesmo uma revolta popular. Por outro lado, teríamos a hipótese de caso fortuito sempre que ocorresse um evento interno, ou seja, decorrente de uma atuação da Administração. O resultado dessa atuação é que seria inteiramente anômalo e tecnicamente inexplicável e imprevisível. Assim, na situação do caso fortuito, todas as normas técnicas, todos os cuidados relativos à segurança, todas as providências exigidas para a obtenção de um determinado resultado foram tomadas, mas, não obstante essas medidas, inexplicavelmente, o resultado ocorreu de forma diversa que a prevista ou previsível.⁵⁶

Para Sérgio Cavalieri Filho, o caso fortuito ocorre quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável. Se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz. Nas palavras dos ingleses, é o *act of God*, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.⁵⁷

A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade é o da força maior. Entende-se por imprevisibilidade aquela específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos, etc., porque se assim não for tudo

⁵⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 423.

⁵⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 424

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66.

passará a ser previsível. A inevitabilidade, por sua vez, deve ser considerada dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se.⁵⁸

Não restam dúvidas que as situações caracterizadoras de força maior possuem o condão de excluir a responsabilidade civil objetiva do Estado, porque, na situação de força maior, o dano não é oriundo de atuação do Estado, mas do próprio evento caracterizado como força maior. Assim, como se trata de evento externo a qualquer relação jurídica entre a Administração e o administrado, não há nexo causal entre algum ato daquela e o dano sofrido por este, não sendo configurado, portanto, o liame causal.

Quanto ao caso fortuito, para Sérgio Cavalieri Filho, tanto este como a força maior excluem o nexo causal por constituírem causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento.⁵⁹

Há, no entanto, entendimento que, porquanto o dano é oriundo diretamente de uma atuação da Administração Pública, o nexo causal não se rompe. Não obstante o evento danoso resulte de situação em que inexistente qualquer culpa da Administração, conquanto o ocorrido fosse inteiramente imprevisível e deva aos fatores anômalos inevitáveis, correto é que o dano decorreu de uma atuação da Administração, existindo, portanto, o dano e o nexo de causalidade, atraindo, com isso, a responsabilização da Administração Pública.

Corroborando com este entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro e assevera que a força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado, não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração. Já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falta da Administração, não ocorre a mesma exclusão.⁶⁰

O Supremo Tribunal Federal, vale ressaltar, se vale do entendimento que tanto a hipótese de caso fortuito quanto na hipótese de força maior são causas de exclusão de responsabilidade do Estado, de acordo com o julgado no Recurso Extraordinário nº 109.615/RJ.⁶¹

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 507.

⁶¹ STF, RE nº 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 02.08.1996

2.7.2. Fato exclusivo da vítima

Provado que a vítima de alguma forma contribuiu para o evento danoso, exime-se o Estado da obrigação de indenizar, na mesma proporção, sua responsabilidade será parcial, ou total, de acordo com a contribuição da vítima. Porém, se a vítima contribui com participação total no evento danoso, a Administração se exime totalmente, ou seja, elimina a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.⁶²

Assim, se a vítima contribuiu exclusivamente no resultado do evento danoso, será excluída a obrigação de indenizar do Estado. Nessa situação, ao Poder Público caberá o ônus da prova a fim de provar que a culpa é da vítima, caso contrário, responderá pelos danos ocorridos.

Advirta-se, portanto, que o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.⁶³

2.7.3. Fato de terceiro

No fato de terceiro, não há responsabilidade para o Estado quando a conduta culposa é do terceiro que provocou o dano à vítima e não de agentes públicos.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, terceiro é qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado. Pois, não raro, acontece que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima.⁶⁴

Não há que se falar em dever de reparação por parte da Administração Pública, porque houve, por parte de um terceiro, uma interferência na relação jurídica do Estado com os particulares, devendo aquele apenas responder se concorreu de alguma forma para que o evento lesivo ocorresse.

⁶² BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 161.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64/65.

Sendo assim, o fato de terceiro, segundo o entendimento dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.

2.7.4. Estado de necessidade

O estado de necessidade ocorre quando, em situação de perigo, salva-se um bem jurídico próprio em detrimento de outro alheio, não sendo possível, à ocasião, a exigência de salvaguarda do bem jurídico alheio. É o clássico exemplo, no Direito Penal, de dois naufragos e a existência de um pequeno pedaço de madeira, bastante apenas para o salvamento de um dos marujos. Quando um dos naufragos afoga o outro para se debruçar sobre a madeira, estamos tratando da hipótese do estado de necessidade.

Nas palavras de Oreste Nestor de Souza Laspro, o estado de necessidade caracteriza-se pela ausência e responsabilidade em razão de bem maior a ser tutelado, como própria finalidade e razão de ser do Estado. São exemplos as situações de guerra, as convulsões sociais em que são causados prejuízos a indivíduos em nome da proteção da sociedade, razão de se afastar o nexo de causalidade. Naturalmente, o prejuízo à vítima deve ser o menor possível, razão pela qual, mesmo no estado de necessidade, o Estado responde diante de eventual ação ou omissão culposa.⁶⁵

Carlos Roberto Gonçalves assinala que no direito brasileiro, a figura do chamado “estado de necessidade” é delineada pelas disposições dos artigos 188, II, 929 e 930 do Código Civil. Analisando a conceituação do instituo e suas soluções, instaura-se uma contradição, pois enquanto o artigo 188, II considera lícito o ato, os artigos 929 e 930 obrigam o agente a indenizar a deterioração da coisa alheia para remover perigo iminente. Tal solução pode desencorajar muitas pessoas a tomar certas atitudes necessárias para a remoção do perigo iminente.⁶⁶

Em posição diversa, Márcia Andréa Bühring considera que nessa situação excludente, portanto, não há uma agressão propriamente dita, mas se perfaz numa situação de

⁶⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84/85.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: doutrina, jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 940.

fato, onde o indivíduo vê uma coisa sua na iminência de sofrer um dano que, no intuito de remover ou evitar esse dano, sacrifica a coisa alheia, que a própria lei justifica, eximindo-se o agente do dever de indenizar, tendo em vista preservar os bens mediante a remoção do perigo iminente.⁶⁷

⁶⁷ BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 167.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS

A responsabilidade civil do Estado, com alicerce na teoria do risco administrativo, foi, sem dúvida, um grande avanço, na medida em que propiciou um maior leque de hipóteses de ressarcimento às vítimas de danos decorrentes da atividade estatal. Por todo o exposto, não há divergência, na doutrina ou na jurisprudência brasileira, da aplicabilidade da Responsabilidade Civil Objetiva no tocante aos atos comissivos – espécie de comportamento positivo, onde há voluntariamente uma *ação* do Estado.

O grande problema está na aplicação, ou não, desta modalidade de responsabilidade no que concerne aos atos omissivos – espécie de comportamento negativo, onde há uma *omissão* do Estado. Neste caso, o Estado deixa de prestar corretamente um serviço público, com sua prestação tardia, defeituosa ou inexistente.

O enorme dilema existente gira em torno da modalidade de responsabilidade civil aplicável às situações de atos omissivos do Estado, ou seja, deve ser aplicada a responsabilidade objetiva ou a subjetiva, fundada na culpa. Tendo em vista a ausência de dispositivos normativos legais esclarecedores, a decisão fica a cargo do magistrado, que apreciará o caso concreto.

Nas palavras de Helena Elias Pinto, a questão surge porque, em primeiro lugar, o direito positivado não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão e, em segundo, a doutrina e a jurisprudência têm divergências acentuadas no enfrentamento dos requisitos para a configuração da responsabilidade estatal por omissão.⁶⁸

Ressalta a autora a importância de se enfrentar esse problema, pois essa divergência tão acentuada na doutrina e jurisprudência constitui um obstáculo de difícil transposição para que as vítimas de danos tenham acesso a uma prestação jurisdicional efetiva com vistas à reparação de danos acarretados por omissão estatal.⁶⁹

⁶⁸ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155

⁶⁹ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155

3.1. Responsabilidade civil subjetiva do Estado nas condutas omissivas

Para os defensores dessa corrente, a responsabilidade civil do Estado no tocante às condutas omissivas deve ser subjetiva, ou seja, com a perquirição do elemento culpa, tendo como base a teoria do *faute du service*. Esse posicionamento tem como principal defensor Celso Antônio Bandeira de Mello, que segue o ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao afirmar que a omissão estatal não pode ser considerada como causa imediata e tampouco remota do dano, mas sim uma simples condição para que ele aconteça.

O autor sustenta ser subjetiva a responsabilidade do Estado sempre que o dano decorrer de uma conduta omissiva da Administração. Pondera que nos casos de omissão, o Estado não agiu – de maneira positiva – e não pode, por isso, ser considerado o causador do dano, pelo que só estaria obrigado a indenizar os prejuízos resultantes dos eventos que teria o dever de impedir.

Aduz que a responsabilidade estatal nas condutas omissivas é sempre responsabilidade por ato ilícito e, assim sendo, é necessariamente uma responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado – embora do administrado possa haver – que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em determinada obrigação (dolo).⁷⁰

Segue o autor considerando ser inadmissível o Estado ser considerado responsável e ter que prestar contas perante a sociedade em razão de todos os infortúnios que porventura gerarem danos injustos aos cidadãos, pois em se tratando de responsabilidade estatal por atos omissivos, há a ausência notória da participação da Administração Pública no cometimento efetivo do dano. Assim, o Estado apenas responsabilizar-se-á a partir do momento em que juridicamente estava obrigado a agir, e não agiu, a permitir e contribuir para a consecução do dano.⁷¹

Percebe-se, portanto, que a maior consequência para o administrado, no caso em que se adote a aplicação da responsabilidade subjetiva, é a inversão do ônus da prova à vítima, ou seja, ao lesado será imposta a obrigação de comprovar a presença do elemento

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 819.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: M.Fontes, 2009, p. 1005 e 1006.

culpa na atitude que resultou no evento danoso. O que não ocorre na responsabilidade objetiva, vale dizer, que será estudada adiante.

Na mesma linha de raciocínio temos Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lucia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini, dentre outros, acolhendo a tese da aplicação da responsabilidade estatal nos casos de omissão ser subjetiva.

Em verdade, Lucia Valle Figueiredo entende pela aplicação da responsabilidade subjetiva quando se está diante de casos em que se tem a conduta omissiva do Estado. Para a autora, deve-se provar a existência do *faute du service*, ou seja, comprovar sem espaço para dúvidas, a presença da culpa ou do dolo na atuação do agente estatal que resultou no evento danoso injusto, a fim de se determinar se o Estado possuía, ou não, o dever legal de agir no caso concreto, ou se o serviço funcionou tardiamente, não funcionou, ou se funcionou defeituosamente.

Contudo, mostrando uma flexibilidade no seu entendimento, a aludida autora entende que a responsabilidade estatal será objetiva no caso de as omissões se referirem ao dever legal de o Estado fiscalizar as atividades delegadas à iniciativa privada, mesmo se decorrentes de privatizações, concessões, permissões ou autorizações. Sendo assim, se o Estado se omitir na fiscalização dessas atividades, deve responder objetivamente as lesões decorrentes desta omissão, com fundamento nos artigos 3º, 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor.⁷²

Para Diógenes Gasparini, na mesma esteira, entende pela aplicação da responsabilidade subjetiva quanto aos danos decorrentes de condutas estatais omissivas. Usa como lastro para seu pensamento a interpretação do artigo 15 do antigo Código Civil de 1916⁷³ com base na teoria do *faute du service*. A responsabilidade objetiva, para o autor, com base no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, será aplicada apenas nos casos em que houver danos decorrentes de atos lícitos por parte da administração que, por alguma razão oculta, gerou prejuízos injustos ao administrado, ressalvado o direito de regresso do Estado contra o agente estatal.⁷⁴

⁷² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264-265.

⁷³ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2011.

⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 823.

Traz-se à tona, algumas decisões judiciais que corroboram o entendimento acima exposto.⁷⁵

Tais julgados acompanham e corroboram o ensinamento doutrinário exposto, na medida em que o elemento culpa se faz presente nos casos de omissão estatal, ocasião em que tanto doutrinadores quanto julgadores se socorrem da teoria da *faute du service*, exigindo a comprovação da culpa do Estado, vale lembrar que esta culpa decorre da má-prestação do serviço, da prestação tardia e da ausência de prestação. Por último, o ônus da prova dessa culpa recai sobre o lesado, que deve provar ao juiz que o Estado tinha o dever legal de agir no caso concreto.

Apesar dos argumentos expostos por essa corrente doutrinária, a mesma não deve prosperar, nem deve ser fundamento para as decisões judiciais dos casos concretos. Ora, além de essa tese ser extremamente restritiva – haverá uma multiplicidade de casos em que o lesado por uma conduta omissiva não será ressarcido – ela constitui um ônus extremamente excessivo para a vítima, já que é ela que terá que comprovar a existência de culpa na omissão estatal.

Além disso, o principal defensor dessa teoria, Celso Antônio Bandeira de Mello, traz uma visão antiquada do ato ilícito, da qual discorda Sérgio Cavalieri Filho, ao afirmar que o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no artigo 186 do Código Civil. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva. O Estado pratica o ato ilícito não só por omissão – no momento em que deixa de fazer o que

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Responsabilidade Civil. Saques e depredações provocadas por manifestações populares. Indenização devida. Responde o Poder Público pelos prejuízos causados a particular por turma de manifestantes, se a conduta omissiva das autoridades policiais ensejou a prática de atos de vandalismo praticados contra as instalações comerciais do apelado (TJDF-AC 21.624-DF- (Reg. Ac. 66.837)- 2ª T. – Rel. Des. Deocleciano Queiroga- DJU 17.11.93 (RJ 198/93))

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Constitucional. e Administrativo. Acidente. Omissão. Município. Responsabilidade Subjetiva. Ônus da prova. Em se tratando de omissão atribuída a ente público, sua responsabilidade é subjetiva, impondo-se ao autor provar que a conduta estatal influenciou diretamente na ocorrência do fato. Inviável responsabiliza-lo aleatoriamente se, no exercício de suas atividades normais, não lhe era possível impedir o evento danoso, segundo padrões aceitáveis de exigência, especialmente quando a prova técnica indica que o acidente ocorreu por culpa da vítima. Nega-se provimento ao agravo retido e à apelação (TJMG- AC n. 255.064-8/0- Rel. Des. Almeida Melo- 4ª CCTJMG- Jul. 2/5/2002- Publ. 24/5/2002).

tinha o dever de fazer – como também por comissão – no instante em que faz o que não devia fazer.⁷⁶

Nas palavras de Helena Elias Pinto, a adoção da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão tem sido contestada na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De acordo com a autora, após o advento da Constituição Federal de 1988, ter-se-á um previsível enfraquecimento da corrente subjetivista no STF. Isso se deve ao fato de o número de casos julgados com fundamento na responsabilidade subjetiva (11 casos) é superado pelo número correspondente aos acórdãos em que foi adotada a responsabilidade objetiva (15 casos) e pelo quantitativo de julgados em que não houve manifestação expressa ou implícita por um dos sistemas. Inclusive, desses 11 casos julgados desde 05 de outubro de 1988, apenas dois Ministros ainda integram a composição atual do Supremo Tribunal Federal: o Ministro Marco Aurélio (Recurso Extraordinário 176564-0/SP) e o Ministro Joaquim Barbosa (Recurso Extraordinário 409203/RS).⁷⁷

3.1.1. Culpa presumida

Vale destacar, no presente estudo, a opinião diferenciada que se encontra no magistério de Marçal Justen Filho, o qual entende que deve ser aplicada, aos atos comissivos e omissivos do Estado, uma responsabilidade subjetiva sob regime especial. Essa teoria permite unificar o tratamento da responsabilidade civil por atos comissivos e por atos omissivos. Tradicionalmente, afirma-se que a responsabilidade civil do Estado por ato comissivo – comportamento positivo – tem cunho objetivo, enquanto a responsabilidade por ato omissivo – conduta negativa – apresenta uma natureza subjetiva.⁷⁸

Para o autor, no entanto, esse posicionamento é insustentável, sendo muito mais razoável considerar que, em todos os casos, existe um elemento subjetivo, mas subordinado a um regime especial. Na atuação comissiva, o dever de diligência especial impõe ao agente estatal a adoção de cautelas muito rígidas, com o objetivo principal de se evitar a produção de lesão a terceiros. Portanto, quando a atuação comissiva do agente estatal produz um dano ao administrado, presume-se a presença de um elemento subjetivo

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240.

⁷⁷ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 161.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 799.

defeituoso. O agente produziu o dano porque houve defeito na formação de sua vontade, já que todas as cautelas que dele se exigem, tem o fim de se evitar o evento danoso.⁷⁹

Agora, no tocante aos atos omissivos do Estado, o autor ensina que as hipóteses de dano derivado de omissões estatais podem ser separadas em dois grandes grupos. No primeiro grupo estão as hipóteses em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão correspondentes à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). Fazem parte do segundo grupo os casos em que a norma proscree certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessária a se evitá-lo (ilícito omissivo impróprio).⁸⁰

O autor equipara os casos de ilícito omissivo próprio aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é *obrigatório* o agente público praticar certa ação, uma eventual omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa da vontade. O agente omitiu a conduta obrigatória ou por atuar intencionalmente ou por formar defeituosamente sua própria vontade – a não ser que a omissão tenha sido o resultado intencional da vontade orientada a produzir uma solução conforme ao direito e por ele autorizada.⁸¹

O grande problema a ser enfrentado, afirma o autor, são as hipóteses de ilícito omissivo impróprio, em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nesses casos, a omissão do sujeito não gera presunção de infração ao dever de diligência especial que recai sobre os agentes estatais. Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era de competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano, presentes, então, os pressupostos da responsabilização civil. Essa concepção, conclui o autor, conduz à responsabilização do Estado em questões de fiscalização institucional e permanente, sempre que o exercício ordinário das competências de acompanhamento dos fatos permitisse inferir a probabilidade de resultado danoso a terceiro.⁸²

Esse entendimento, apesar de louvável, não parece ser uma solução apropriada à questão enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência. Percebe-se que a base de

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 799.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 799.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 799.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 799.

argumentação utilizada acaba mostrando a enorme lacuna deixada pela doutrina tradicional, a qual entende que nos atos comissivos a responsabilidade é objetiva, sendo subjetiva nos casos omissivos, e não apresenta uma solução definitiva ou adequada.

O impasse que se apresenta na interpretação do artigo 37, §6º da Constituição Federal não se resolve pelos entendimentos acima expostos, mas é melhor aplicável na adoção do sistema da responsabilidade objetiva, cuja formulação decorre de longa evolução jurisprudencial, intelectual e doutrinária, sistema este que será estudado a seguir.

3.2. Responsabilidade Civil objetiva do Estado nas condutas omissivas

Essa vertente doutrinária entende que a responsabilidade objetiva deve ser aplicada nas hipóteses de omissão do Estado. A responsabilidade objetiva foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 e, com base nela, o dever de indenizar decorre da existência de dois requisitos: o dano injusto, passível de indenização, e o nexo de causalidade, entendido como aquele elemento lógico normativo que relaciona a conduta do agente estatal com a realização do evento danoso. Nessa modalidade de responsabilidade civil, não se perquire a existência do elemento subjetivo, qual seja, a culpa.

Vale lembrar das excludentes de responsabilidades estudadas acima, ou seja, na responsabilidade objetiva, fundamentada no risco administrativo, o dever de indenizar restará afastado se presente o caso fortuito, o caso de força maior ou a culpa exclusiva da vítima.

Existe consenso doutrinário e jurisprudencial na aplicação da responsabilidade objetiva nas hipóteses de danos oriundos de atos comissivos do Estado. O cerne do problema está quando o operador do direito se depara com situações de danos advindos de atos omissivos da Administração Pública, pois existe atualmente, no mundo jurídico, intensa divergência nesse ponto, quer dizer, não se sabe se deve ser aplicada a responsabilidade subjetiva ou objetiva nesses casos, ficando a decisão a cargo do magistrado, que apreciará as circunstâncias do caso concreto.

Os adeptos dessa corrente doutrinária, tais como Gustavo Tepedino e Maria Emília Mendes de Alcântara, cujo entendimento é que a responsabilidade objetiva deve ser aplicada tanto quanto aos atos comissivos quanto aos atos omissivos, afirmam que, ainda que

o Estado não tenha dado causa direta ao evento danoso, a sua omissão na prestação do serviço configura um comportamento negativo, ou seja, o Poder Público age, sim, mas de forma negativa, pois se absteve de cumprir com um dever legal de agir, em contraste com os atos comissivos, em que o Estado tem a obrigação legal de agir.

Corroborar esse entendimento o fato de que o dispositivo presente no artigo 37, §6º da Constituição Federal não fez ressalva alguma quanto à modalidade do ato praticado pela Administração Pública para se aplicar o dispositivo. Assim, não poderia o operador do direito restringir o que o constituinte não restringiu.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino assevera que não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando do legislador constituinte. A Constituição Federal de 1988, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da Administração Pública, alterou inteiramente a sistematização da responsabilidade civil neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), fazendo com que o artigo 15 do Código Civil perca imediatamente sua base de validade, que se torna, assim, revogado, ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.⁸³

Continua o autor, rechaçando quaisquer críticas opostas ao seu entendimento, que nem se objete que tal entendimento levaria ao absurdo, configurando-se uma espécie de *panresponsabilização* do Estado diante de todos os danos sofridos pelos cidadãos, o que oneraria excessivamente o erário e suscitaria uma ruptura no sistema de responsabilidade civil. A rigor, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado comporta causas excludentes, que atuam sobre o nexo de causalidade entre o fato danoso (a ação ou omissão administrativa) e o dano, de tal sorte a mitigar a responsabilização, sem que, para isso, seja preciso violar o texto constitucional e recorrer à responsabilidade aquiliana. Aliás, conforme já asseverou o Supremo Tribunal Federal, “a responsabilidade objetiva do Estado não importa reconhecimento da teoria do risco integral, admitindo-se, para excluí-la, a prova do comportamento doloso ou culposos da vítima.”⁸⁴

O autor considera, a título de exemplo, a hipótese em que se configuram danos a particulares decorrentes de enchentes de vias públicas, tragicamente corriqueiras nos

⁸³ TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 210-211, v. 2.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 210-211, v. 2.

centros urbanos brasileiros. Inúmeras vezes, tem-se manifestado o Judiciário, em despreço às sucessivas previsões constitucionais, no sentido da necessidade de se comprovar o mau funcionamento dos serviços públicos de escoamento de águas – limpeza de galerias, contenção de encostas, etc., para que se imponha a condenação da municipalidade. Se, ao revés, o operador adotasse a teoria do risco administrativo, nos termos da previsão constitucional, a construção não determinaria uma atribuição ilimitada de responsabilidade a cargo do Poder Público. Caberia ao julgador, na apreciação do caso concreto, verificar se a enchente, por sua intensidade, caracterizaria força maior, capaz de excluir o nexo causal entre a ação preventiva do município e os eventos danosos. Ao invés de perquirir a falta do serviço, nem sempre de fácil constatação pericial, sobretudo após a verificação da calamidade, é de se examinar se o evento é previsível e irresistível, cingindo-se a investigação aos pressupostos da responsabilidade objetiva.⁸⁵

Outra adepta dessa corrente doutrinária, Maria Emília Mendes de Alcântara ensina que não há porque se estabelecer a discriminação, posto que na omissão, o Estado tinha o dever jurídico de impedir que a lesão se verificasse e não o fez, se omitiu e, em se omitindo, agiu de forma negativa, devendo o dano decorrente ser indenizado. Afirma que se de alguma forma o Estado contribuiu para o advento do evento danoso deverá ser responsabilizado, citando como exemplo um louco internado em um manicômio que venha a praticar atos de violência contra alguém. Neste caso, não é o Estado que pratica a lesão, causando o dano, mas responderá baseado no risco que assumiu ao deter a guarda de pessoa perigosa.⁸⁶

Flávio de Araújo Willeman segue o mesmo entendimento ao afirmar que não se coaduna o argumento de que a responsabilidade subjetiva da Administração Pública deve prevalecer ante a ausência de regra específica para regular tal situação. Não bastasse o artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, existe agora o artigo 43 do Código Civil de 2002, que traz para o plano infraconstitucional a responsabilidade objetiva da Administração Pública. Poder-se-ia dizer e argumentar que o artigo 43 do Código Civil de 2002 apenas se refere a *atos* danosos causados por agentes públicos, o que excluiria as omissões. Todavia, além de a omissão administrativa ser um fato jurídico que decorre da ausência de um dever jurídico de agir e, portanto, equipara-se a um ato ilícito, cumpre dizer que a se conferir ao

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 210-211, v. 2.

⁸⁶ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 202.

artigo 43 uma interpretação restritiva, o mesmo estaria inquinado do vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que restringiria o campo de incidência da regra expressa no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, que apenas alude ao dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público em razão de *danos* causados por seus agentes, nada exteriorizando se tais danos advêm de ação ou omissão estatal.⁸⁷

Conclui o autor que, à luz da legislação vigente no Brasil, não há mais espaço para sustentar a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na culpa. Não fosse pela ausência de norma legal neste sentido, mas também em razão de regras explícitas e específicas em sentido contrário, que determinam a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo.⁸⁸

Juarez Freitas, integrante dessa corrente de pensamento, ensina que o princípio da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado pelas condutas omissivas ou comissivas causadoras de lesão antijurídica apresenta-se como um dos pilares do Estado Democrático, sobretudo pelos riscos inerentes à atuação estatal. Trata-se de proteção que se impõe independentemente de culpa ou dolo do agente causador do dano. Nasce da superação da idéia do Estado como etérea encarnação da vontade geral infalível. A par disso, a consagração, entre nós, da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º) é um dos argumentos mais robustos contra a teoria segundo a qual não poderia o Estado ser objetivamente responsabilizado por omissões. Com efeito, os requisitos da responsabilidade estatal objetiva compõem, em grandes traços, uma tríade: a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional; o nexo causal direto e, finalmente, a conduta omissiva ou comissiva do agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço, nessa qualidade.⁸⁹

Para Yussef Said Cahali, ao consagrar-se a concepção publicista da responsabilidade civil estatal, não há falar em aplicação da teoria baseada em falha do serviço público ou culpa anônima da Administração, uma vez que tais concepções, baseadas em regras civilísticas, acabaram por superadas com a adoção dos princípios publicísticos.⁹⁰

⁸⁷ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26-27.

⁸⁸ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26-27.

⁸⁹ FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 2005, n. 241, p. 21-37.

⁹⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 36.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o marco fundamental do início da moderna jurisprudência em relação à responsabilidade estatal por atos omissivos é o julgamento do Recurso Extraordinário 109615-2/RJ⁹¹, no ano de 1996, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, oportunidade na qual, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal condena o Estado por omissão com fundamento na responsabilidade objetiva.

Outro exemplo é o Recurso Extraordinário 180602-8/SP⁹², sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, que tratava de lide entre o proprietário de automóvel que colidiu com animal que se encontrava na pista de estrada municipal em plena madrugada. A despeito do horário em que se deu o evento danoso, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, decidiu que o município deveria indenizar o proprietário do veículo.

A corrente doutrinária que apregoa a aplicação da responsabilidade objetiva tanto para as hipóteses de danos advindos de atos comissivos quanto para as de danos decorrentes de atos omissivos acaba por defender a unificação do tratamento legal-normativo da responsabilidade civil do Estado, com o mérito de simplificar a atuação dos operadores do Direito, o que resulta num amplo acesso à Justiça e numa maior efetividade da prestação jurisdicional. Deve ser aplicada pelos magistrados como solução moderna que é, mas não se esquecendo da longa construção doutrinária e jurisprudencial pela qual passou, culminando na sua positivação na Constituição Federal de 1988.

3.3. Omissão genérica e Omissão específica

Parte importante da doutrina estipula um critério diferenciado para distinguir as hipóteses de omissão estatal que resultam na aplicação da responsabilidade objetiva. Para essa corrente doutrinária, composta, por exemplo, por Guilherme Couto de

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indenização - Responsabilidade objetiva do poder público - Teoria do risco administrativo - Pressupostos primários de determinação dessa responsabilidade civil - Dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino - perda do globo ocular direito - fato ocorrido no recinto de escola pública municipal - configuração da responsabilidade civil objetiva do município - indenização patrimonial devida – Recurso Extraordinário não conhecido. Responsabilidade civil objetiva do Poder Público - Princípio constitucional. Recurso Extraordinário nº 109615. Primeira Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade do Estado - Natureza - Animais em via pública - Colisão. A responsabilidade do Estado (gênero), prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, é objetiva. O dolo e a culpa nele previstos dizem respeito à ação de regresso. Responde o Município pelos danos causados a terceiro em virtude da insuficiência de serviço de fiscalização visando à retirada, de vias urbanas, de animais. Recurso Extraordinário nº 180602. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 15/12/1998, DJ 16-04-1999 PP-00023 EMENT VOL-01946-05 PP-01018 RTJ VOL-00169-02 PP-00638.

Castro e Sérgio Cavalieri Filho, existe uma diferença entre a omissão genérica e omissão específica.

Para Guilherme Couto de Castro, não é correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há um dever individualizado de agir. Em sendo o caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, basta aferir o nexo de causalidade e o dano, e, inexistindo caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, a indenização será devida. Um caso usual é a morte de detento na delegacia, por outro colega de cela. Adotado o conceito de culpa, muitas vezes não a teria o Estado, seguidos os padrões medianos, repentino o homicídio, praticado por outro ou outros presos, sem que nada pudessem fazer os carcereiros. Mas existe conduta específica a cargo da administração – velar pela incolumidade do recluso – daí o fardo de se reparar o prejuízo. E assim será, a não ser que seja demonstrado que foi a própria vítima que provocou a situação, exclusivamente, e não houve meio de contorná-la.⁹³

No ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, que também adota esse entendimento, haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições de direção. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá a responsabilidade objetiva do Estado.⁹⁴

Esse posicionamento é o que deve prevalecer, pois adota a responsabilidade objetiva, que tem por escopo unificar o tratamento dado às hipóteses de danos oriundos de atos comissivos e omissivos, permitir um amplo acesso à Justiça aos lesados, dotar a prestação jurisdicional de maior eficácia, mas sem transformar o Estado em um segurador universal, que deve prestar contas perante sociedade sobre todo e qualquer infortúnio que acometa os administrados, acarretando-lhes danos injustos.

⁹³ CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 62.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 241.

Como observa Helena Elias Pinto, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essas correntes menores não têm sido adotadas expressamente, porque nos votos não se identifica uma preocupação com a sistematização da questão jurídica, mas apenas uma busca de solução para o caso concreto.⁹⁵

⁹⁵ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 176.

CONCLUSÃO

Pelo exposto durante o presente trabalho, é possível perceber que a sistematização da responsabilidade civil do Estado foi se fortificando na medida em que o país foi se desenvolvendo. Isso quer dizer que, quanto maiores os riscos decorrentes das atividades da Administração, maior a necessidade de se ter uma normatização abrangente de responsabilização estatal, sempre com o objetivo de se ampliar o acesso à Justiça e aumentar a eficácia da prestação jurisdicional às vítimas de danos decorrentes de atos da Administração Pública. O fato de ocupar posição diferenciada quanto aos administrados, está baseado justamente na magnitude dos riscos corridos pelo Estado, além de ter como fundamento as regras publicistas, em decorrência dos princípios da igualdade e da legalidade.

Deste modo, estabeleceu-se uma linha evolutiva da responsabilização estatal, desde a ausência de responsabilidade até a máxima responsabilização estatal, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal, a qual emergirá nas hipóteses de danos causados por seus agentes, apenas sendo necessário comprovar o evento danoso e o nexo de causalidade, sem se perquirir a existência do elemento subjetivo, a culpa. Eleva-se a responsabilidade civil objetiva do Estado ao patamar de norma constitucional, devendo ser observada por todos os entes da Administração Direta ou Indireta, Municipal, Estadual, Federal ou Distrital.

Tal dispositivo é cristalino no tocante à responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, em decorrência de uma ação estatal, ou seja, um comportamento positivo, mas não é claro quanto às omissões estatais, ou seja, um comportamento negativo por parte do Estado, abrindo-se uma lacuna doutrinária e jurisprudencial, ponto central do presente estudo. Tal lacuna traz imensos prejuízos ao jurisdicionados, como se viu, desde decisões divergentes em ações materialmente idênticas até a fragilidade da prestação jurisdicional, que não proporciona uma segurança jurídica aos seus beneficiários, tendo em vista a ausência de consenso, inclusive jurisprudencial.

O ponto central da presente monografia diz respeito ao tratamento que se deve dar nas hipóteses de danos advindos por uma omissão estatal. Como estudado, duas são as correntes doutrinárias: a da responsabilidade subjetiva e a da responsabilidade objetiva.

Para os defensores da primeira corrente, deve ser aplicada a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa anônima do serviço público (*faute du service*).

Usam como argumento o fato de a omissão não ser causa direta do evento danoso, mas tão somente uma condição. O Estado só estará obrigado a indenizar, nos atos omissivos, se descumpriu um dever legal a ele imposto de impedir o dano. Isto porque, se for omissivo no cumprimento deste dever, age ilicitamente, podendo ser responsabilizado. Necessária, portanto, a prova da ilicitude da omissão estatal. Vale ressaltar, ainda, o entendimento diferenciado que apresenta Marçal Justen Filho, que prega uma unificação no tratamento do tema, sob o prisma da responsabilidade subjetiva do Estado com enfoque na culpa presumida.

A segunda corrente pleiteia uma unificação no tratamento da responsabilidade civil do Estado, entendendo que a responsabilidade objetiva, sem a indagação da culpa, deve ser aplicada tanto nos atos comissivos quanto nos atos omissivos, sem nenhuma diferenciação entre eles. Alegam que, se a Constituição Federal não fez qualquer distinção entre atos comissivos ou omissivos, não cabe ao intérprete realizar tal feito. Ademais, entendem que a omissão é causa direta para a ocorrência do evento danoso, não apenas condição. Para os integrantes dessa corrente, a omissão é uma ação negativa e, sendo causa determinante para a ocorrência do evento danoso, resta consolidada a obrigação de reparar o dano injusto sofrido pelo administrado. Por fim, defendem que adotar qualquer outra sistematização seria um retrocesso, já que o último estágio da evolução da responsabilidade civil do Estado é o das teorias publicistas, não se falando na teoria da culpa anônima.

Deve prevalecer, entende-se, o entendimento acerca da responsabilidade objetiva, principalmente nos casos em que essa omissão for causa determinante para a ocorrência do evento danoso. Mais acertada, portanto, a teoria encabeçada por Sérgio Cavalieri Filho e Guilherme Couto de Castro, que entendem que a responsabilidade objetiva está presente nos casos de omissão específica, ou seja, quando a inércia administrativa cria a situação propícia para a ocorrência do dano. Do contrário, seria inadmissível o Estado prestar contras perante a sociedade por todos os infortúnios que causarem danos injustos aos seus cidadãos, o que não seria suportado pelo Erário e suscitaria uma ruptura no sistema de responsabilidade civil.

Por fim, conclui-se pela adoção da responsabilidade objetiva nos casos de omissões estatais (omissões específicas), com o objetivo de unificar o tratamento dado aos atos comissivos e omissivos, ampliar o acesso à Justiça e dar maior eficiência à prestação jurisdicional. Do contrário, seria impor ao lesado um ônus excessivamente pesado (ônus de

prova da ilicitude da omissão estatal), além de se ter um retrocesso na escala evolutiva da responsabilização estatal e se negar o direito fundamental de acesso à Justiça, bem como infringir normas basilares que estruturam o Estado Democrático de Direito como se conhece atualmente. Acredita-se, também, que este é o pensamento que mais se adequa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do amplo acesso ao Judiciário, preceitos tão importantes elencados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 419/420
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A equidade no Código Civil Brasileiro*. CJF, Brasília, n. 25, p. 16/23, abr./jun. 2004. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo03.pdf>> Acesso em: 21.05.2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, São Paulo: Thomson-IOB, 2004.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DELCROS, M. Xavier; DELCROS, M. Bertrand. *La responsabilité administrative*. Paris: La Documentation Française, 1972.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 7.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 2005, n. 241.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Jus Navigandi. Teresina, ano 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>> Acesso em: 3 de abr. 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: doutrina, jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. *Responsabilidade Civil do Estado por atos omissivos dos seus agentes*. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, n. 117.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: M.Fontes, 2009.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

